

TESES, ESTUDOS E  
PARECERES DE PROCESSO CIVIL

de

JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA

*Volume 1*

Direito de ação  
Partes e terceiros  
Processo e política

*Volume 2*

Jurisdição e competência  
Sentença e coisa julgada  
Recursos e processos de competência  
originária dos Tribunais

*Volume 3*

Jurisdição constitucional das liberdades  
e garantias constitucionais do processo  
Execução  
Processo cautelar  
Outros estudos

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
(*Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil*)

Mesquita, José Ignacio Botelho de

Teses, estudos e pareceres de processo civil, volume 2 : jurisdição e competência, sentença e coisa julgada, recursos e processos de competência originária dos tribunais / José Ignacio Botelho de Mesquita; apresentação José Rogério Cruz e Tucci, Walter Piva Rodrigues, Paulo Henrique dos Santos Lucon. -- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Bibliografia.

ISBN 85-203-2793-1

1. Processo civil 2. Processo civil – Brasil I. Tucci, José Rogério Cruz e. II. Rodrigues, Walter Piva. III. Lucon, Paulo Henrique dos Santos. IV. Título.

05-6905

Índices para catálogo sistemático: 1. Processo civil : Direito civil 347.9

CDU-347.9

JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA

TESES, ESTUDOS E  
PARECERES DE PROCESSO CIVIL

*Volume 2*

JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA  
SENTENÇA E COISA JULGADA  
RECURSOS E PROCESSOS  
DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA  
DOS TRIBUNAIS

*Apresentação*

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI  
WALTER PIVA RODRIGUES  
PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

EDITORA  **REVISTA DOS TRIBUNAIS**

sentença; por isto, a força probante independe da homologação da sentença e sobrevive à sentença que lhe recuse homologação;

3. Antes de homologada a sentença estrangeira de divórcio, a mantiver só poderia intervir em inventário pendente no Brasil, se fundada na qualidade de cônjuge, ainda, do herdeiro e bem assim nos direitos que dessa qualidade lhe pudessem advir;

4. Nas ações que versem sobre direitos imobiliários, em que um dos cônjuges figure no pólo ativo, não sendo meiro, é necessário o consentimento do outro cônjuge, mas este não tem legitimação para participar da causa. Ao contrário, havendo comunhão de bens, o outro cônjuge deverá figurar como litisconsorte necessário, se presentes os seus pressupostos e, se não for necessário o litisconsórcio, haverá a necessidade do consentimento e poderá o cônjuge agir em conjunto com o que é parte, como litisconsorte facultativo, ou intervir como seu assistente litisconsorcial;

5. Na hipótese desta consulta, não houve prova de haver comunhão de bens, sendo exigível apenas o consentimento uxório; a mulher não tem legitimação para intervir nem como parte nem como assistente e, se tiver pretensão, nascida do casamento ainda, à meação ou outra porcentagem sobre o quinhão do herdeiro, deverá fazer a prova do regime de bens do casamento e, havendo litígio sobre seus direitos, a pendência deverá ser resolvida fora do inventário, pelos meios ordinários, admitidas as cautelas concedidas pela lei;

6. O credor do herdeiro, figura diversa da do credor da herança, tem legitimidade apenas processual para requerer a abertura do inventário, mas essa legitimação, aberto o inventário, não se estende a outros atos do processo, a menos que, por força de execução promovida contra o herdeiro com penhora averbada no rosto dos autos, venha a sub-rogar-se nos direitos do herdeiro — nesse caso, poderá intervir como subrogado, mas apenas se não oferecidos ou depois de rejeitados os embargos do devedor;

7. Assim sendo, mesmo que estivesse homologada a sentença de divórcio e, com fundamento nela, se arrogasse a mulher a condição de credora do herdeiro, não teria legitimação, à falta de penhora e sub-rogação, para intervir no inventário.

É o meu parecer.

## 9

### A SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL<sup>1</sup>

SUMÁRIO: 1. A colocação do tema — 2. A uniformização da jurisprudência — 3. A formação jurisprudencial do direito — 4. Dados comuns à uniformização da jurisprudência e à formação jurisprudencial do direito — 5. Das condições em que nasceu e se desenvolveu a Súmula do Supremo Tribunal Federal — 6. A Súmula do STF no panorama atual —

7. Conclusão.

*O Prof. Joaquim Munhoz de Mello: Recebe, hoje, o Instituto dos Advogados do Paraná, com muita satisfação, com muita honra, o Professor José Ignacio Botelho de Mesquita, Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que aqui vem para dar prosseguimento a esse Curso de Especialização em Direito Público. Trata-se de um dos processualistas mais lúcidos do nosso país, tendo conquistado a cátedra com uma tese abordando um dos temas mais difíceis e mais controversos do Direito Processual, qual seja, a Natureza Jurídica do Direito de Ação.*

Advogado militante em São Paulo, onde possui uma das bancas mais ativas do Estado, levou à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados uma tese que foi acolhida, sobre o Princípio da Liberdade e a Prestação Jurisdicional.

<sup>1</sup> Aula proferida a 11 de outubro de 1980, no Curso de Especialização em Direito Público, promovido pelo Instituto dos Advogados do Paraná e coordenado pelos Professores Celso Antonio Bandeira de Mello e Gerardo Ataliba. Publicada "in" Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, 1981, n. 5, p. 119.

Com muita satisfaçã, assim, passo a palavra ao Professor José Ignacio Botelho de Mesquita.

*O Prof. José Ignacio Botelho de Mesquita:* Inicialmente, quero agradecer o convite que me foi formulado para participar deste Curso, convite esse que realmente me traz muita honra. É uma satisfaçã vir ao Paraná, para este contato com os senhores. E satisfaçã ainda maior porque na antevéspera do Encontro de Direito Processual Civil.

Vamos trabalhar a respeito da Súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal. O que eu pretendo, neste encontro, não é precisamente dar uma aula sobre a Súmula, mas expor o modo como vejo o problema da Súmula, hoje no Brasil. E é nesse sentido que será orientada a exposiçã.

## 1. A colocaçã do tema

A Súmula da Jurisprudência Predominante no STF, dada a estrutura que lhe foi atribuída pelo STF, cumpre uma dupla funçã: a de uniformizar a Jurisprudência e a de propiciar a formaçã jurisprudencial do direito.

Embora muito ligadas entre si, estas duas funçõs podem ser consideradas isoladamente, como o demonstra a própria experiência brasileira. Como se sabe, até o advento da Súmula em 1963, dispúnhamos de instrumentos unificadores da jurisprudência, como a "revista" e o "pre-julgado", sem que houvesse em nosso direito positivo qualquer meio para tornar obrigatória a observância das teses consagradas nos tribunais.

O exame em separado de cada uma dessas funçõs permitirá melhor entender a problemática suscitada pela Súmula, assim como as vantagens ou desvantagens que sua introduçã no ordenamento jurídico possa acarretar.

## 2. A uniformizaçã da jurisprudência

Cada instituto jurídico tem a sua criaçã determinada pela necessidade que visa a satisfazer.

A uniformizaçã da jurisprudência, considerada por muitos como um mal, porque conduziria à estagnaçã do direito, visa na realidade a impedir que o comando contido na lei se multiplique indiscriminada-

mente ao sabor das interpretaçõs que se possam extrair do texto legal, que, na sua variedade, podem chegar ao ponto de se tornarem contraditórias, em prejuízo evidente da própria imperatividade da lei. E, neste sentido, os instrumentos processuais destinados à uniformizaçã da jurisprudência constituem, sem dúvida, antes um bem que um mal.

O ideal desses mecanismos unificadores é encontrado no ponto em que a irremovível vocaçã evolutiva do direito se realize de modo disciplinado, sem sacrifício da indispensável segurança jurídica, mas sem sacrificar também a necessidade da permanente adequaçã do direito à constante mutaçã dos fatos sociais.

A consideraçã desse ponto ideal nos permite formular duas observaçõs que, a nosso ver, são nesta matéria de capital importância:

a) a uniformizaçã de jurisprudência implica a escolha de uma entre várias teses de direito e, neste sentido, constitui atividade puramente teórica, desenvolvida a partir de conceitos jurídicos; mas

b) implica também adequaçã do direito aos reclamos dos fatos sociais e, enquanto tal, constitui atividade eminentemente prática, porque se desenvolve a partir do fato concreto e se desina a dar ao fato a soluçã mais justa.

Enquanto pura atividade teórica, que serve precipuamente à necessidade de se evitarem decisõs contraditórias, em desprestígio à lei e à instituiçã judicial, a uniformizaçã da jurisprudência serve, primordialmente, ao interesse do próprio Estado em manter o império de suas leis e o respeito à suas instituiçõs. Tais interesses se satisfazem ainda quando a tese vencedora não seja a mais justa. Bem ou mal fica uniformizada a jurisprudência.

Nesta atividade que, em primeiro lugar, serve aos interesses do Estado, a uniformizaçã da jurisprudência pode realizar-se por atividade tão somente daqueles à cuja guarda se acham confiados tais interesses. A decisã sobre qual das interpretaçõs divergentes deve prevalecer por melhor corresponder aos princípios que informam o sistema jurídico independe tanto da provocaçã como da colaboraçã das partes.

A adequaçã, porém, do direito vigente às exigências dos novos fatos, é atividade que depende do conhecimento e da avaliaçã desses fatos. Esta atividade não pode prescindir da colaboraçã das partes e de seus advogados, pois são eles que trazem os fatos ao conhecimento dos

juizes e revelam diante dos seus olhos os dados da realidade. Cabe aqui observar que o homem, distanciado dos demais e dos fatos que se desenrolam à sua volta, tende sempre a tornar-se, além de um técnico inútil, um conservador empedernido, insensível.

A pressão dos fatos somente pode incidir sobre os juizes por meio da palavra das partes.

Daí decorre que a uniformização da jurisprudência processada sem a colaboração das partes, embora possa servir ao Estado e às suas instituições, não serve ao Direito e, além disto, tende facilmente a converter-se em uniformização da injustiça.

### 3. A formação jurisprudencial do direito

Nos países, como o nosso, em que a principal fonte do direito é a lei, podemos observar um fenômeno já muitas vezes apontado pelos doutrinadores, que é o do amadurecimento da lei no contacto com a realidade que visa a disciplinar:

Não há exagero algum em comparar a lei, quando entra em vigor, a fruto que ainda é verde no momento em que nasce.

A vida humana incide sobre a lei como os raios do sol sobre o fruto apenas gerado.

No contacto com o caso concreto, a lei mostra as suas virtudes e os seus defeitos. É tarefa dos juizes realçar aquelas e minimizar a estes. Do desempenho dessa atividade é que se revela e se torna atuante o sentido mais justo do comando jurídico contido na norma legal, dando lugar, não raro, à formulação de um novo comando extraído do anterior.

A norma que daí resulta é o produto de uma construção jurisprudencial. Na sua gênese, apresenta-se como resultado da pressão dos fatos sobre a lei que sobre eles incide. É a lei recebendo de volta a força que projetou sobre os fatos.

Nos países filiados ao sistema de "Civil Law", a norma gerada pela via judicial tem força obrigatória, impera, apenas, entre as partes perante as quais a sentença é dada, podendo, no máximo, atingir a esfera jurídica de terceiros, titulares de relações jurídicas vinculadas por nexo jurídico à relação decidida pela sentença. A imperatividade dessa nova norma não ultrapassa esses limites subjetivos.

Inegável, porém, é o efeito persuasivo que se despreza da interpretação construída pelos Tribunais, que aumenta cada vez que a nova norma torna a receber aplicação nos casos análogos. Em seu ponto mais alto, o efeito persuasivo passa a ter força igual à da norma legislada pelo Congresso, impondo-se antes pelas suas virtudes intrínsecas que pela força externa de que são dotadas as leis.

Pode então falar-se, com inteira propriedade, na autoridade da interpretação e, conseqüentemente, na formação jurisprudencial de direitos garantidos por essa autoridade.

A esta formação jurisprudencial do direito é imprescindível a colaboração das partes, pois são elas que, por força da eclosão do litúgio, vão conduzir a força dos fatos até a mesa do juiz.

Esse fenômeno é, naturalmente, muito mais facilmente perceptível nos países filiados ao sistema de "Common Law", cuja característica fundamental é a criação do direito por via judicial, antes que por via legislativa.

O precedente não se forma senão a partir do caso concreto e pouco tem a ver com o tema da uniformização da jurisprudência, posto que os juizes singulares ficam vinculados aos seus precedentes desde que proférido o julgamento, sem que para tanto tenha tido o juiz a oportunidade de decidir; antes, hipóteses análogas. O juiz, nestes casos, não uniformiza a sua jurisprudência mas, sim, cria a norma pela qual serão decididos os casos análogos.

A importância do caso concreto para a formação dos precedentes vinculantes é tal que, ainda hoje, o precedente não é identificado pelo seu enunciado mas pelo caso em que se formou. Por isso mesmo, na aplicação do precedente, discute-se mais sobre a existência, ou não, de analogia entre o caso julgado e o caso a ser decidido, do que sobre as virtudes ou defeitos do precedente.

Não se pode, pois, perder de vista que o "judge made Law" é sempre o "case Law". É a lei do caso concreto.

Esta consideração permite compreender porque o direito inglês e o direito norte-americano não se converteram, como temiam os fundadores da federação americana, em um direito de classe, que exprimissem tão-somente o modo de sentir dos homens que compuseram as cortes judiciais.

É um direito criado pelos juizes, é bem verdade, mas criado sob a pressão e com a colaboração das partes contendoras.

É precisamente o método pelo qual se dá a formação judicial do direito, que constitui a garantia de justiça do direito assim criado. A característica fundamental desse método é o respeito quase religioso à garantia do "due process of law", que se traduz nas garantias de "fair hearing" e de "fair trial". São princípios protetores contra o risco de formação despótica do direito.

#### 4. Dados comuns à uniformização da jurisprudência e à formação jurisprudencial do direito

As observações acima expostas revelam que há pontos comuns entre a uniformização da jurisprudência nos países de "Civil Law" e a formação judicial do direito nos países de "Common Law".

O efeito persuasivo da jurisprudência unificada tende a dar eficácia análoga à da lei às construções jurisprudenciais. Em contra-partida, a vinculação hierárquica, estabelecida pelo sistema de precedentes dotados de força obrigatória para os juízes inferiores, tende manifestamente à uniformização da jurisprudência.

Cada um desses sistemas, contudo, corre o risco de gerar um ordenamento injusto ou despótico, na medida em que se afaste do contato com os fatos sociais, ou, o que dá no mesmo, na medida em que se distancie das partes no processo.

A virtude desses sistemas está, pois, permanentemente vinculada ao método pelo qual se forma a uniformização da jurisprudência ou a construção judicial do direito.

#### 5. Das condições em que nasceu e se desenvolveu a Súmula do Supremo Tribunal Federal

A Súmula da Jurisprudência Predominantemente no STF nasceu por força de Emenda Regimental aprovada em 28 de agosto de 1963.

Vigoravam então a Constituição de 1946 e o Código de Processo Civil de 1939.

Característica saliente, tanto de uma como de outro, para o que interessa ao nosso estudo, era que a uniformização da jurisprudência somente mediante recurso, ou no julgamento de recursos, se realizava. Serviam, para tanto, o recurso de revista, o prejudicado, o recurso extrator-

dinário e os embargos de divergência no STF; a admissibilidade desses recursos não sofria outras restrições que as ditadas pelo seu próprio fim, ainda que erigidas pela antipatia que a revista e os embargos de divergência sempre despertaram nos julgadores. Antipatia, diga-se de passagem, originada menos do amor à livre evolução da jurisprudência, que da inconformidade com o dever de submeter a revisão os casos já decididos pelo mesmo Tribunal.

Efeito vinculante da jurisprudência uniformizada era nenhum, a não ser para o caso julgado.

As circunstâncias históricas em que a Súmula nasceu constituem dado importante para entender sua evolução posterior.

A Constituição já havia passado pela Emenda n. 4. de 1961, que instituiu o parlamentarismo entre nós, e também pela Emenda n. 6 de 1963, que restabeleceu o regime presidencialista. A transição se operara, como ainda se recorda, com forte abalo para as instituições civis, encontrando-se particularmente debilitado o Poder Judiciário, inclusive o Supremo Tribunal Federal.

Prova disto se tem no volume 337 da Revista dos Tribunais que, às páginas 511 a 517, publica a emenda regimental que deu origem à Súmula e, na mesma página 517, divulga ato de desagravo, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, ante "o insólito apressamento do Sr. Ministro Vitor Nunes Leal por militares insurrectos". Logo a seguir, a mesma Revista publica, às páginas 518 a 521, moção aprovada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo a "propósito da crise em que se debate a Magistratura Paulista".

A Súmula, portanto, ainda que oficialmente destinada a facilitar o trabalho dos advogados e do próprio STF, nasce como reação da nossa Corte Suprema ao processo de debilitação que estava sofrendo. A emenda regimental que a instituiu não esconde de modo algum a reação a esse processo, cuja culpa parece atribuir às instituições liberais consagradas pela Constituição de 1946.

As disposições dos arts. 7.º e 15 da emenda, que dá a redação do Capítulo XX do Regimento Interno, constituem alteração profunda, tanto no método de uniformização da jurisprudência, como nos seus efeitos. As partes são afastadas do procedimento para a criação de enunciados da Súmula e os enunciados dela constantes passam a constituir

obstáculo ao julgamento dos agravos de instrumento, dos recursos extraordinários e dos embargos de divergência. Em troca, como parca compensação, admitia-se o uso de agravo regimental (art. 15, §§ 1.º e 2.º) para os casos de não se aplicar ao caso a Súmula criada pelo Relator ou de ter a parte “novos argumentos para pedir a sua revisão”. Disposição aliás que teve vida efêmera.

A Súmula implicava, assim, enorme reforço à autoridade do STF, posto que lhe atribuía indistintamente poder quase-legislativo, mas reforçava também, além da autoridade, o autoritarismo natural a quem está em condições de dizer sempre a última palavra. Com efeito, por consequência da Súmula, passava o STF a poder dispensar-se de ter que ouvir as razões das partes em agravos, recursos extraordinários ou embargos de divergência.

Em março de 1964 é publicada a primeira edição da Súmula. A revolução de 64, portanto, encontrou o prato feito.

Em abril do mesmo ano de 1964 é publicado o anteprojeto do Código de Processo Civil, no qual se projetava reviver os assentos de Casa de Suplicação admitidos pelas Ordenações e que eram fruto da monarquia absoluta, tendo convivido com ela até o seu termo.

O aspecto mais importante é que o anteprojeto suprimia os recursos de revista e de embargos de divergência, e substituía o prejudgado pelos assentos que teriam força de lei 45 dias após sua publicação. As preocupações que dominam o anteprojeto se assemelham às que deram origem à Súmula, embora o anteprojeto, como lhe era permitido, tenha ido mais longe, com o que se garantia maior coerência interna ao próprio sistema.

O anteprojeto, nesta parte, não prosperou, dela tendo desistido seu próprio autor, em face das reiteradas objeções quanto à inconstitucionalidade do seu texto. Caiu, não obstante, o recurso de revista, e os embargos de divergência acabaram mantidos na redação final do Código.

Subseqüentemente, até o advento do Código de Processo Civil de 1973, vai sendo reforçado o poder do Supremo Tribunal e concomitantemente vai a Revolução estreitando os laços entre o Executivo e a Suprema Corte.

O AI-2 eleva o número de Ministros de 11 para 16. A EC n. 16 de 26.11.1965 introduziu na competência do STF a ação direta de incons-

titucionalidade (art. 101, I, “K”).<sup>2</sup> A carta Constitucional de 1967 altera o recurso extraordinário introduzindo a expressão “negar vigência” à lei, com o fito de restringir os casos de cabimento do apelo extremo. Além disto, atribui ao STF o poder de legislar sobre o processo nas causas e recursos de sua competência. Em 1969, é novamente reduzido para 11 o número de Ministros.

O Código de Processo Civil consagra a Súmula como resultado do método de uniformização de jurisprudência por ele disciplinado.

Os pressupostos para o incidente de uniformização da jurisprudência (art. 476, I e II) o vinculam à atividade que, no processo, tenha sido desenvolvida pelas partes, embora não tenham elas a possibilidade de participar do julgamento do incidente. O efeito do julgamento fica restrito a servir de precedente na uniformização da jurisprudência, desde que o julgamento tenha sido tomado pelo voto da maioria absoluta (art. 479). Não influi, porém, no cabimento de qualquer recurso ou processo de competência originária dos Tribunais.

No âmbito do STF, porém, nada se altera. A redação do Regimento Interno em vigor desde 1970<sup>M1</sup> acabou desvinculando a Súmula de qualquer iniciativa ou colaboração das partes, consoante decorre da redação do art. 98, § 1.º, bem diferente da norma anterior (art. 7.º da Emenda cit.). No curso de um processo, é admitida somente a revisão de enunciado anterior.

Regimentalmente, o STF caminhou no sentido de restringir cada vez mais o cabimento do recurso extraordinário, tornando-o a final um privilégio, a ser concedido no incidente denominado “arguição de relevância”, de duvidosa constitucionalidade, mas que acabou sendo entronizado pela EC n. 7<sup>MA2</sup> (Em. Reg. 3, de 12.06.1975).

Por força da EC n. 7 exacerbava-se o poder do Supremo, ao lhe ser conferida a competência para a avocação de quaisquer causas (com que deixa de ser um Tribunal da Federação) e ao se lhe atribuir competência para a interpretação *in abstracto* de qualquer lei ou ato normativo federal ou estadual, mediante representação do Procurador Geral da República.

<sup>2</sup> Antes — Lei 4.337 de 01.07.1964. Depois — Lei 5.778 de 16.05.1972.

<sup>M1</sup> Refere-se ao RISTF de 18.06.1970. Em 27.10.1980 foi publicado o atual RISTF.

<sup>MA2</sup> Refere-se à EC n. 7 à CF/1969.

Segundo o art. 9.º da Emenda Regimental 7, de 23.08.1978,<sup>MA3</sup> a interpretação terá força vinculante, implicando a sua não-observância negativa de vigência do texto interpretado.

Essa derradeira providência completa uma evolução iniciada quase concomitantemente pela criação da Súmula e pela publicação do anteprojeto do Código de Processo Civil.

## 6. A Súmula do STF no panorama atual

As premissas inicialmente colocadas mostram que tanto a uniformização da jurisprudência como a formação jurisprudencial do direito correm o risco de transformar o direito em um complexo de normas criadas em laboratório, impermeáveis às exigências da nação, convertendo-se em um direito construído a partir da pura técnica jurídica, cada vez mais distanciado do fato concreto.

A nossa preocupação, diante disto, há de estar posta no método de que deriva a produção da Súmula, tendo em vista o nível de contribuição que pode receber da atividade das partes no processo, tanto na sua formação como na sua modificação.

Pelo que dispõe o Regimento Interno, a inclusão de enunciados na Súmula é deliberada pelo Plenário (art. 98, § 1.º)<sup>MA4</sup> mas não há regra expressa sobre a iniciativa dessa deliberação. As regras do art. 12<sup>MA5</sup> poderiam ser invocadas mas apenas por analogia, já que este se refere à revisão da jurisprudência dominante mas não à declaração do que deva ser considerado jurisprudência dominante. Admitida tal analogia, a iniciativa partiria da turma por proposta de qualquer de seus ministros. Melhor que iniciativa seria dizer, a oportunidade, porquanto, embora deliberando o Plenário na forma prevista no art. 12,<sup>MA6</sup> nem por isto o pronunciamento do Plenário terá que converter-se em enunciado da Súmula.

<sup>MA3</sup> Emenda expressamente revogada pelo atual RISTF (art. 369).

<sup>MA4</sup> Refere-se ao RISTF de 18.06.1970.

<sup>MA5</sup> Refere-se ao RISTF de 18.06.1970.

<sup>MA6</sup> Refere-se ao RISTF de 18.06.1970.

Disto resulta que, verdadeiramente, a iniciativa há de ser tomada, em Plenário, por algum dos Ministros ou por proposta da Comissão de jurisprudência (art. 31, J).<sup>MA7</sup>

Em qualquer destes casos, por se tratar de deliberação para a qual em nada colaboram as partes interessadas, a vinculação com o caso concreto se torna extremamente tênue. A decisão, na melhor das hipóteses, é tomada "per saltum" sem consideração ao caso que ensejou a remessa da tese ao Plenário. O juízo sobre a inclusão da tese na Súmula não é ditado por quaisquer regras, resultando em mero juízo de conveniência.

Nenhuma, portanto, a semelhança entre este método e aquele de que brotam os precedentes no direito inglês ou norte-americano.

A revisão dos enunciados da Súmula, por sua vez, não se processa por método menos autoritário.

A iniciativa é regulada pelos arts. 12 e 99.<sup>MA8</sup> Brota no julgamento do caso concreto. Como porém não se admite recurso extraordinário contra decisão proferida no mesmo sentido da Súmula, é praticamente impossível a modificação da Súmula por esta via. O "feito" a que se refere o art. 99<sup>MA9</sup> simplesmente não chega ao STF por iniciativa da parte que pretenda provocar a revisão da Súmula. O recurso ao agravo regimental é sabidamente inócuo.

O caso somente se dá quando o Tribunal Estadual ou se divergir do enunciado da Súmula, o que torna admissível o recurso extraordinário e, mesmo assim, se vencida, pelo menos na grande maioria dos casos, a barreira da arguição de relevância.

Neste caso, contraditoriamente, o recurso criado para tutelar a unidade de interpretação do direito federal acaba sendo o único veículo para tutelar a interpretação desconforme, propiciadora da formação jurisprudencial do direito.

O sistema é visivelmente anacrônico, mas é o único caminho, ainda que dependente do beneplácido, difícil de obter, do Tribunal local.

Mesmo, porém, essa única via poderá ser corrigida pelo STF mediante a interpretação vinculante *in abstracto*.

<sup>MA7</sup> Refere-se ao RISTF de 18.06.1970.

<sup>MA8</sup> Refere-se ao RISTF de 18.06.1970.

<sup>MA9</sup> Refere-se ao RISTF de 18.06.1970.

Em suma, o método para a revisão da Súmula é inteiramente estruturado para que as partes não tenham nunca o poder de pressionar o Tribunal para que altere os enunciados da Súmula.<sup>3</sup>

## 7. Conclusão

É inegável que a Súmula proporciona uniformidade de interpretação do direito federal e constitui forma de criação do direito por via jurisprudencial.

Ao lado da interpretação *in abstracto* e da avocação de causas, forma um sistema que revive instrumentos típicos da monarquia absoluta. Não pode a árvore má produzir bons frutos.

Não foi sob tal sistema que se formou a grandeza do STF, gerada em notáveis construções jurisprudenciais como as de que resultaram a tese da sociedade de fato entre os cônjuges casados sob o regime da separação de bens ou entre os concubinos, a doutrina brasileira do *habeas corpus*, a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, a tese da responsabilidade sem culpa, e outras tantas que contribuíram notavelmente para o aperfeiçoamento do direito nacional.

Hoje esta tarefa está colocada primordialmente nas mãos dos Tribunais estaduais. Compete pois a eles, pelo menos enquanto perdurar o atual estado de fato, assumir a consciência da gravidade das funções que lhe estão cometidas e, conseqüentemente, agir com a independência que se espera dos guardiães do Direito.

Não importa que essa independência se ache comprometida pela Lei Orgânica da Magistratura. A independência que interessa é antes a que resulta da coragem individual de afirmar suas próprias convicções, do que a independência concedida pelas leis. Só esta pode ser restringida pela lei. Aquela é virtude dos verdadeiros juizes, daquelas que nasceram com a vocação suprema de interpretar fielmente os anseios de seu povo e de traduzir a justiça em sentenças destemidas.

## DA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA – UMA CONTRIBUIÇÃO PARA SEU ESTUDO<sup>1</sup>

10

SUMÁRIO: 1. Estrutura e função – 2. A questão de divergência. Pressuposto de sua constituição – 3. As hipóteses compreendidas no art. 476, I, do CPC – 4. O caso do art. 476, II, do CPC – 5. Da atividade das partes. Função e natureza – 6. O alcance do art. 479 do CPC – 7. Conseqüência da inobservância do procedimento de uniformização – 8. Valor prático do instituto.

### 1. Estrutura e função

As análises que se têm procedido sobre este instituto, percucentes, sem dúvida, não têm logrado, contudo, a meu ver, revelar a totalidade de seu alcance dentro do vigente sistema processual. Para isto, parece-me, têm contribuído decisivamente as reminiscências do sistema anterior, que ainda ecoam fortemente no espírito dos intérpretes da nova legislação, fazendo com que o atual instituto seja estudado como se tratasse de uma simples reedição do antigo “prejudicado”, revestido de novas roupagens.

No prejudicado, sem dúvida, encontram-se as raízes históricas do novo instituto. Exatamente por isso a comparação entre ambos é necessária e extremamente útil para compreender o incidente de uniformização de jurisprudência. Ao longo desta exposição nós mesmos teremos

<sup>3</sup> Diferente: Haroldo Valadao. Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, art. 7.º – exigia três (03) acórdãos p/ maioria absoluta no pleno.

<sup>1</sup> Conferência Proferida em Santos-SP no dia 05.08.1985 para a Associação dos Advogados de São Paulo, com apoio da Associação dos Advogados de Santos. Publicada “in” RT, vol. 613, p. 15.



que, com frequência, nos reportar ao prejudgado para salientar o alcance da evolução ocorrida com a introdução do incidente de uniformização. Isto não significa, contudo, que se encontrem no antigo prejudgado todas as significações da vigente uniformização da jurisprudência.

O incidente de uniformização da jurisprudência, que não é recurso, nem se destina a fazer as vezes dele, está estruturado de forma praticamente idêntica à do incidente de declaração de inconstitucionalidade: Sua característica fundamental é o chamado “juízo *per saltum*”, comum a ambos os institutos.

Ocorrendo divergência sobre a interpretação do Direito em tese, a competência para decidir a *questio juris* controvertida se desloca para o tribunal pleno (ou órgão especial que lhe faça as vezes), que dará a interpretação a ser observada.

É isto que resulta da obrigatoriedade imposta pelo Código de Processo Civil de ser observado o procedimento do art. 476 quando se verificar que ocorre divergência a respeito da interpretação do Direito em tese. Essa obrigatoriedade não tem sido admitida com facilidade pelos nossos Tribunais, que pretendem ver na expressão do art. 476 — “compete a qualquer juiz” — uma simples faculdade a ser exercida em função exclusiva da conveniência *interna corporis* de fazer uniformizar a jurisprudência sobre a interpretação controvertida. Esse entendimento, contudo, filiado à disciplina legal do antigo prejudgado, deixa de atender à modificação, ou, melhor, à evolução operada no nosso Direito Positivo.

A diferença entre as normas do art. 861 do velho Código e as do art. 476 do novo está em que a primeira dizia que: “A requerimento de qualquer de seus juizes, a Câmara ou Turma Julgadora *podrá* promover o pronunciamento prévio das Câmaras Reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica...”. Já a nova regra dispõe que: “*Compete* a qualquer juiz..., solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do Direito...”.

A diferença é enorme e não pode ser desconhecida. A expressão “*compete*” traduz, consoante bem afirmado por Sydney Sanches, “dever de ofício, e não mera faculdade ou arbitrio” (*Uniformização da Jurisprudência*, São Paulo, RT, 1975, p. 21).

Dai extrairmos a consequência de que, à semelhança do incidente de declaração de inconstitucionalidade, o vigente Código de Processo

Civil criou o incidente de uniformização de jurisprudência, dando vida a um procedimento próprio para dirimir a questão de divergência, semelhante ao procedimento previsto para decidir a questão de inconstitucionalidade.

Verificando-se no processo que ocorre divergência, *já não caberá mais ao órgão fracionário optar entre as leses divergentes*. Competir-lhe-á solicitar o pronunciamento prévio do tribunal pleno, para que este dê a interpretação que deverá ser observada.

Ou seja, a competência para decidir a questão de divergência foi atribuída ao tribunal pleno.

À luz desse entendimento, podemos afirmar que o novo instituto criado pelo Código de Processo Civil tem por finalidade primeira a decisão da questão de divergência. Primeira, mas não única, como temos ocasião de ver mais adiante.

## 2. A questão de divergência. Pressuposto de sua constituição

A questão de divergência que obriga à adoção do procedimento previsto no art. 476 do CPC não se confunde com a mera existência de decisões divergentes, dentro do mesmo tribunal, acerca da interpretação do Direito. Este é um dos seus pressupostos, mas não é o único.

Se, inobstante já existente a divergência no tribunal, essa divergência não é trazida à baila no processo, se a ela ninguém se refere, nem as partes, nem os membros do órgão fracionário, nem a decisão recorrida, tal divergência não se apresenta como *questão* a ser resolvida no julgamento do recurso ou processo de competência originária do tribunal. Vale o princípio “*quod non est in actis, non est in mundo*”.

Pressuposto da existência da questão da divergência, para os fins e nos termos do art. 476, é que, no julgamento do recurso ou processo de competência originária do tribunal, *se verifique* que ocorra a divergência. É preciso, pois, que alguém, parte ou juiz, alegue. Alegada, a divergência transforma-se em questão a ser resolvida a favor de alguma das interpretações em conflito, sem o que impossível seria ao órgão julgante dar solução ao litígio.

Somente em um único caso é dispensável esse pressuposto da alegação da divergência. É o previsto no art. 479 do CPC, de que mais adiante falaremos.

### 3. As hipóteses compreendidas no art. 476, I, do CPC

A divergência que rende ensejo à formação do incidente de uniformização de jurisprudência é, em primeiro lugar, a divergência já existente no tribunal anteriormente ao julgamento em que foi ou poderá ser alegada. Mas não é a única.

Pode ocorrer que, a respeito da interpretação do Direito, as decisões existentes no tribunal sejam uniformes e a divergência se crie exatamente no julgamento em curso.

Tal se dá quando o órgão julgante, em razão dos votos já manifestados, suficientes para compor a maioria, contraria a sua própria orientação, até então conforme com a dos demais órgãos fracionários; ou, então, quando o órgão julgante ainda não tenha proferido julgamento sobre a tese, a cujo respeito seja uniforme o entendimento de outros órgãos fracionários, e pelos votos manifestados se constata que a maioria dos seus membros se pronuncia por interpretação divergente daquele entendimento.

Neste caso, formada a maioria a favor da tese divergente, estará criada a divergência. Constatada a divergência — ou “verificada”, como diz a lei — estará constituída a questão de divergência e, então, competirá a qualquer dos juizes que ainda não tiver votado, ao dar o seu voto, suscitar o incidente de uniformização da jurisprudência. *Alliter* se a maioria se formar com o pronunciamento do juiz que votar em último lugar.

A expressão da lei — “quando verificar que, a seu respeito, ocorre divergência” (art. 476, I) — abrange ambas as hipóteses: assim a da divergência preexistente ao julgamento como a da divergência criada no próprio julgamento.

No primeiro caso, a uniformização tem por finalidade solucionar o problema da divergência já existente; no segundo, terá a finalidade de evitar que a modificação da jurisprudência dominante se realize por força da conduta individual de um reduzido número de juizes, que pode ser

de dois apenas, em prejuízo da parte que se orientou pela jurisprudência até então dominante e pacífica e em prejuízo, até mesmo, conforme o caso, da seriedade da função de interpretar o Direito. A idéia não é a de prevenir a divergência, mas a de prevenir a divergência infundada e concomitantemente, possibilitar que se imponha a divergência fundada, propiciadora da evolução da jurisprudência, e que prospere com maior grau de eficácia.

### 4. O caso do art. 476, II, do CPC

A divergência que pode ser objeto da uniformização é aquela que se manifesta entre órgãos fracionários do mesmo tribunal. Não a que ocorra entre acórdãos de qualquer destes e a sentença do juiz de primeiro grau.

O Código de Processo Civil, no entanto, estende as regras da uniformização da jurisprudência ao caso em que (art. 476, II), “no julgamento recorrido, a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas”. Qual o sentido dessa regra?

Sydney Sancho aventa a hipótese de cuidar-se, aí, do caso de julgamento de embargos infringentes no qual o julgamento recorrido, isto é, o proferido na apelação, teria entrado em conflito com a tese espousada por outros órgãos fracionários (ob. cit., p. 35). A mesma explicação é apontada por Theotônio Negrão em anotação ao Código de Processo Civil.

Essa explicação, contudo, não satisfaz. Se o acórdão proferido na apelação diverge de acórdãos de outros órgãos fracionários, a hipótese será de divergência já existente antes do julgamento dos embargos infringentes, e, por isso, se acha já compreendida na hipótese do inc. I do mesmo artigo.

Refletindo sobre isso, José Carlos Barbosa Moreira afirma a inutilidade do inc. II, dizendo que a fórmula do inc. I “é tão ampla, que só ela já caberia o próprio caso previsto no inc. II” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V/17, 1981).

Parindo, porém, do princípio de que a lei não deve conter palavras inúteis, penso que merece ser tentada outra explicação.

Há um primeiro dado que a norma nos fornece e que distingue o caso do inc. II da hipótese do inc. I.

Na menção que faz à divergência com interpretação dada por *outro* órgão fracionário, a norma pressupõe que não haja divergência entre o julgamento recorrido e qualquer pronunciamento anterior do *mesmo* órgão fracionário que irá julgar o recurso.

Para que isto ocorra é necessário que:

a) ou o órgão julgador ainda não se tenha pronunciado sobre a tese em nenhum de seus anteriores acórdãos, ou

b) já se tenha pronunciado no mesmo sentido do julgamento recorrido, divergindo, pois, de acórdão de outro órgão fracionário. Este último caso estará, sem dúvida, coberto pela hipótese do inc. I, mas o primeiro, não.

Aí, pois, a diferença entre ambos os incisos. Enquanto o inc. I pressupõe a existência de divergência dentro do tribunal, o inc. II pressupõe a inexistência, ainda, de divergência, acompanhando as duas hipóteses previstas no art. 861 do CPC de 1939, de se verificar que já ocorre ou *podará vir a ocorrer* a divergência jurisprudencial.

A hipótese de poder vir a ocorrer divergência compreende dois casos: o de ter sido a decisão recorrida no mesmo sentido da pronunciada por outro órgão fracionário e o de ter sido pronunciada em sentido divergente. E pressupõe que, em qualquer dos casos, os votos dados no julgamento do recurso, insuficientes ainda para formar a maioria, restando ou mantendo a decisão recorrida, *ameaçem criar a divergência*.

Essa norma colhe o fenômeno no momento anterior — diria imediatamente anterior — ao surgimento da divergência, seguindo a trilha batida pelo legislador de 1939. Neste ponto, pois, não contém qualquer inovação. Segue, simplesmente, a linha histórica do instituto. A novidade consiste unicamente em haver, com maior cautela, definido a hipótese, dentre aquelas contidas na possibilidade de vir a ocorrer a divergência, que deve provocar a formação do incidente. E a definiu como sendo aquela em que a jurisprudência já existente, embora uniforme, tenha sido posta em questão pelo julgamento recorrido, tenha sido *questionada* por outro órgão do Poder Judiciário. Só nisto o legislador de 1973 inovou neste passo. Trata-se, à evidência, de uma opção política. Se boa ou má, é outra questão.

O instituto, aqui, visa claramente a prevenir a divergência antes que ela surja, de modo que, se alguma alteração tiver que ser feita no entendimento dominante, que já o seja por obra do tribunal pleno, e não pelo entendimento individual de dois membros do órgão fracionário.

É evidente que, se, no caso de apelação ou agravo, os dois primeiros votos forem no sentido da jurisprudência firmada por outro órgão do mesmo tribunal, não será o caso de provocar o incidente, porque estará abortada a ameaça de divergência. O inc. II só será aplicável quando um dos juízes esteja propenso a manter o julgamento recorrido e outro deles já tenha votado nesse mesmo sentido. O juiz que estiver propenso a fazê-lo não deverá emitir o seu voto, mas, em lugar disso, provocar o pronunciamento prévio do tribunal pleno.

É de se observar que esse sistema prestigia os julgados de primeiro grau. Não se deve ver nisso, contudo, uma modificação no conceito de divergência, para dentro dele incluir, além da divergência entre acórdãos do mesmo tribunal, também a divergência entre acórdãos do tribunal e sentenças proferidas pelos juízes. Não é disso que se trata. O incidente de uniformização visa sempre à divergência dentro do mesmo tribunal: já existente ou em vias de vir a existir.

Observe-se, também, que, em relação a esta última hipótese, o legislador tratou desigualmente os dois casos em que a divergência pode vir a ocorrer. Só obriga à formação do incidente quando o julgador recorrido dirija a orientação já existente no tribunal. Quando o julgador recorrido é conforme à orientação do tribunal não se aplica o inc. II do art. 476, de modo que o incidente não deverá ser suscitado enquanto houver mera ameaça de divergência. Só será suscitado após verificado, pelos votos proferidos, que ocorre a divergência, e mesmo assim apenas no caso em que a maioria divergente se forme com os dois primeiros: se se formar com os dois últimos, não restará mais qualquer juiz para, *ao dar o voto*, suscitar o incidente, e a divergência só poderá servir de base para o incidente de uniformização em algum caso futuro.

Isso mostra que o legislador definiu a “ameaça” de vir a ocorrer a divergência, o que não se dava no Código de 1939. E definiu-a como sendo o fato de à tese do julgamento recorrido (contrária à jurisprudência assentada) somar-se um voto no julgamento da apelação ou agravo de instrumento, havendo ainda outro voto a ser dado no mesmo sentido.

## 5. Da atividade das partes. Função e natureza

Tratamos, até aqui, da uniformização provocada por qualquer dos juízes, ao dar o voto na Câmara, Turma ou Grupo de Câmaras. Cabe examinar, agora, a participação que o Código reservou aos interessados, recorrente e recorrido, na formação do incidente de uniformização da jurisprudência.

Consoante já dissemos, "verificada" a ocorrência das hipóteses previstas nos incs. I e II do art. 476, competirá a qualquer juiz, ao dar o voto, suscitar o incidente. Como isto lhe será obrigatório, por dever de ofício, deverá fazê-lo mesmo que nenhuma das partes o tenha requerido.

O interessado, porém, se se omitir, correrá o risco de que, no julgamento, nenhum dos juízes aponte para a existência de divergência ou para a possibilidade de vir a ocorrer tal divergência. Dar-se-á o caso de divergência não "verificada", não constatada no julgamento, hipótese em que não se torna obrigatória a adoção do procedimento previsto para a uniformização.

Exatamente para evitar esse risco, diz o Código, no parágrafo único do art. 476, que: "A parte *podará*, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo".

Com isto, aquele que tiver interesse na uniformização disporá do poder de impedir que a divergência (em ato ou em potência) passe despercebida no julgamento do recurso e não torne obrigatório o procedimento previsto no art. 476.

Consoante se vê, cuida-se de mera faculdade atribuída ao interessado, que se limita a dar a notícia de que, a respeito da interpretação do Direito em tese, já ocorre ou poderá vir a ocorrer a divergência, para o fim de ser adotado o procedimento de uniformização. Evidentemente, não é recurso.

## 6. O alcance do art. 479 do CPC

Reconhecida a divergência, proceder-se-á na conformidade com o disposto nos arts. 477 a 479 do CPC.

Ponto relevante é o alcance da norma do art. 479. O que significaria a expressão "será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência"?

Temos, aqui, duas normas. Começemos pela última: "constituirá precedente". Isto significa que, a partir do julgado de uniformização, se tomado pelo voto da maioria absoluta, *perdem o valor de precedente* as decisões anteriores sobre a interpretação da mesma norma, ficando todas superadas pela que lhe foi dada pelo tribunal pleno, que passa a valer como precedente único.

O resultado imediato é que as decisões contrárias à súmula já não mais poderão ser validamente invocadas para fundamentar futuras decisões de órgãos fracionários do tribunal. A inovação é de largo alcance, porque irá influir diretamente no próprio conteúdo dos futuros julgamentos.

Vejamos, agora, as conseqüências da outra determinação: "será objeto de súmula".

Essa determinação vincula-se ao parágrafo único do mesmo artigo, que assim dispõe: "Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência dominante".

A publicação no órgão oficial faz com que a súmula se presuma conhecida por todos, e especialmente pelos juízes. Assim sendo, publicada a súmula, a obrigatoriedade da adoção do procedimento estabelecido pelo art. 476 passa a prescindir de que a divergência seja trazida pelas partes, ou por qualquer dos juízes, ao conhecimento do órgão fracionário incumbido do julgamento do recurso. Vale dizer, a validade de qualquer decisão contrária à súmula passa a depender, sempre, da observância do procedimento previsto no art. 476, com julgamento *per saltum*, tal como ocorre na questão de inconstitucionalidade.

## 7. Conseqüência da inobservância do procedimento de uniformização

Isto nos põe em contato com uma última questão de relevo para análise do instituto. Qual a conseqüência da inobservância do procedimento de uniformização nos casos em que ele seja obrigatório?

Ele é obrigatório quando a ocorrência dos fatos previstos nos incs. I e II do art. 476 seja de conhecimento do órgão julgante, porque haja súmula sobre a interpretação controvertida ou porque qualquer das partes ou algum dos juízes tenha trazido a divergência ao conhecimento do mesmo órgão.

Nesse caso, o julgamento do recurso ou processo de competência originária do tribunal ficará dependente do pronunciamento prévio do tribunal pleno sobre a interpretação do Direito a ser aplicado. A competência para a tal decisão passa ao tribunal pleno, e é competência funcional — absoluta, portanto. Violada essa competência, o julgamento será nulo, tal como se o órgão fracionário declarasse, incidentalmente, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

A decisão será impugnável por via de recurso extraordinário, ou, após o trânsito em julgado, por meio de ação rescisória. Dada a posição que assumi em face do mandado de segurança, considero também cabível a sua impetração, em defesa do direito líquido e certo a um julgamento regular, pelo órgão competente.

## 8. Valor prático do instituto

Vista sob a perspectiva traçada nestas notas, a uniformização da jurisprudência ganha contornos compatíveis com a dignidade que lhe foi atribuída pelo Código de Processo, com atenção, simultaneamente, ao valor prático assim do respeito à jurisprudência assente, como da evolução ordenada da interpretação do Direito Positivo. Valoriza-se, com isto, enormemente, a divergência, tornando-a merecedora de tratamento adequado ao seu valor, de modo a não deixar esvair-se pelas dobras do processo toda a força inovadora contida no trabalho dos juízes, que é reflexo da grande obra dos advogados: o aperfeiçoamento das instituições jurídicas para a melhor realização da justiça no caso concreto.

## II

### UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA (ESBOÇO DE SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI 3.804/93)<sup>1</sup>

SUMÁRIO: PRIMEIRA PARTE: O esboço de substitutivo — SEGUNDA PARTE: Justificativa — I. Comentário ao Projeto de Lei 3.804/93 — II. Da uniformização da jurisprudência — III. Do efeito vinculante.

#### PRIMEIRA PARTE: O ESBOÇO DE SUBSTITUTIVO

Art. 1.º — Os dispositivos a seguir enumerados, da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 — Código de Processo Civil —, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 476 — Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

- I — verificar que a seu respeito ocorre divergência;
- II — no julgamento recorrido a interpretação for contrária à da jurisprudência predominante no tribunal e tiver por fundamento razões novas, ainda não apreciadas, consideradas suficientes para justificar a revisão da súmula.

Parágrafo único — A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.

<sup>1</sup> Publicado “in” *Lex — Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ano 19, Outubro de 1997, n. 226, p. 65.

Art. 477 – Reconhecida a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo anterior, será lavrado acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juizes cópia do acórdão.

Parágrafo único – Para evitar o risco de decisões contraditórias, poderá o presidente, a requerimento da parte, determinar a suspensão de outro processo pendente no tribunal.

Art. 478 – O tribunal, reconhecendo a divergência, e ouvido o Ministério Público, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada.

Parágrafo único – O julgamento, quando tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal ou o órgão competente, será objeto de súmula, cabendo ao regimento interno dispor sobre a sua publicação no órgão oficial.

Art. 479 – Enquanto não for modificada por outro acórdão proferido nos termos do artigo precedente, a interpretação constante da súmula será obrigatória para o tribunal e para os juizes a ele vinculados.

§ 1.º – A não observância da interpretação constante da súmula implicará contrariedade à disposição da norma interpretada e ofensa à autoridade da decisão do tribunal.

§ 2.º – O recurso contra decisão que contrarie a súmula terá sem-pre efeito suspensivo.”

Art. 2.º – Esta lei entrará em vigor sessenta dias após sua publicação.

## SEGUNDA PARTE: JUSTIFICATIVA

### I. Comentário ao Projeto de Lei 3.804/93

O Projeto 3.804/93 altera a redação de dois artigos do Código de Processo Civil referentes à uniformização da jurisprudência: os arts. 478 e 479. A redação do primeiro é alterada apenas para deixar livre o art. 479, de modo que, em substância, é modificada apenas a redação deste último.

A redação dada ao art. 479 teve por finalidade tornar vinculante a interpretação constante das súmulas editadas pelos tribunais, mediante

a criação de procedimento incidental destinado a esse fim. Embora a intenção seja louvável, apresenta o projeto particularidades que não aconselham a sua aprovação; a saber:

(a) A redação do *caput* do artigo não subordina o incidente à existência de divergência, mas, apenas, ao fato de “várias ações envolverem a mesma questão de direito”. Afastado o pressuposto da divergência, o efeito vinculante da súmula viria simplesmente ressuscitar, sob outra roupagem, a interpretação da lei em *abstracto* criada pelo regime autoritário e sepultada pela Constituição de 1988. A uniformização da sua jurisprudência é um dever do tribunal; não assim, porém, a interpretação prévia, ausente o pressuposto da uniformização.

A redação proposta peca ainda por atribuir efeito vinculante à uniformização apenas nos casos a que se refere, quando esse efeito deveria ser atribuído a toda decisão proferida em uniformização da jurisprudência. Uniformização sem efeito vinculante é o mesmo que uniformização sem efeito uniformizante; uma *combatio in terminis*.

(b) Admitido o pedido de uniformização vinculante, propõe o projeto que sejam suspensos todos os processos pendentes no tribunal, em que se discute a mesma questão de direito. A sugestão é boa, mas tem seu custo em tempo, sabendo-se que a demora no procedimento de uniformização pode ser grande dado o número necessariamente elevado dos julgadores. Não é razoável que esse custo seja imposto às partes, sem que qualquer delas se mostre interessada em suportá-lo; ainda porque não se pode excluir a hipótese de que a tese vencedora na uniformização coincida com a dos precedentes do mesmo órgão fracionário do tribunal a que esteja submetida a questão cujo julgamento viria a ser inutilmente suspenso.

(c) Sumulada a tese, propõe o projeto que fique proibida a concessão de liminares que a contrariem e que cesse a eficácia das liminares concedidas. A proibição da concessão de liminares é ociosa porque já decorreria da proibição de dar sentenças de mérito contra a súmula; e a cessação da eficácia das liminares já concedidas só faria sentido nos casos em que o mérito da causa pudesse ser concomitante decidido pelo juiz; se a questão de mérito ainda não estiver madura para receber o julgamento, não se saberá ao certo se é, ou não, o caso de ser aplicada a súmula.

(d) É também ocioso o poder atribuído ao juiz de conceder a antecipação da tutela pretendida porque este poder já lhe é deferido pelo art. 273 do mesmo Código; e, se não estiverem presentes os respectivos pressupostos, o caso será, no máximo, de julgamento antecipado da lide, sob pena de ocorrer violação da garantia do devido processo legal.

## II. Da uniformização da jurisprudência

1. A divergência na interpretação da lei não é, em si mesma, nenhum mal. Basta considerar que a evolução da jurisprudência se processa mercê de interpretações novas que se contrapõem às antigas. O que é um mal é a decisão errônea ou a divergência que não corresponda a nenhuma evolução dos fatos que presidiram a criação da norma interpretada. Disse-o bem a Exposição de Motivos do anteprojeto do Código de Processo Civil: "o princípio da unidade do direito, como observou Calamandrei, deve ser entendido em relação ao espaço, não ao tempo; isto é, uma *uniformidade contemporânea* que não exclui uma *diversidade sucessiva*".

Essa *uniformidade contemporânea* é uma exigência óbvia da igualdade de todos perante a lei. Não será igual para todos a lei que, para alguns, seja interpretada num sentido e, para outros, seja interpretada em sentido oposto. A unidade do sentido da lei é pressuposto da igualdade perante a lei. Por esta razão, constitui imperativo constitucional e *dever* indeclinável dos tribunais uniformizar a sua própria jurisprudência.

A uniformização, por sua vez, implica a atribuição de eficácia vinculante à *interpretação* que se pretende seja adotada uniformemente. Uniformização sem efeito vinculante é o mesmo que uniformização sem efeito uniformizante.

Sob este aspecto, a proposta de atribuição de efeito vinculante às decisões proferidas em uniformização de jurisprudência não constitui propriamente uma inovação; simplesmente corrige uma falha do Código de Processo Civil que, cortando a eficácia vinculante proposta pelo anteprojeto, acabou por desfigurar o instituto.

## III. Do efeito vinculante

1. Pelas razões acima expostas, compreende-se que todas as interpretações sumuladas, e não apenas algumas delas, devam ter efeito vin-

culante. A opção, conseqüentemente, não pode ser entre atribuir ou não atribuir efeito vinculante à uniformização, mas entre uniformizar ou não uniformizar a jurisprudência.

2. É preciso, porém, entender bem em que consiste esse efeito. Ele consiste primeiramente em estender à interpretação da lei o mesmo efeito da lei interpretada, de tal sorte que, no processo, a decisão contrária à interpretação uniformizada tenha o mesmo tratamento a que já está exposta a sentença contrária à lei. Mas não é só.

A mera insistência na interpretação rejeitada pelo órgão competente para uniformizar a jurisprudência e a conseqüente recusa da interpretação por ele adotada, que nada lhe acrescenta de novo, importa ofensa à autoridade das decisões desse órgão, que deve ser prontamente restaurada. O meio para isso será, naturalmente, a reclamação constitucional, em cujo âmbito poderá ser aberta a possibilidade de revisão da súmula, caso se verificarem os pressupostos do art. 476, II.

Este é o sentido da redação proposta para o § 1.º do art. 479.

3. A uniformização da jurisprudência assim considerada não impede totalmente o surgimento de interpretações divergentes. Ao contrário, conta com isso como meio para propiciar o reexame da interpretação unificada. O que se visa a impedir é que prospere a divergência fundada em erro ou em razões de ordem meramente subjetiva; não a evolução ordenada da jurisprudência, ditada pela modificação das circunstâncias objetivas que presidiram a criação da súmula. A isto atende a redação proposta para o inciso II do art. 476.

4. Tem sido defendida a extensão do efeito vinculante aos órgãos da administração pública. A redação proposta para o § 1.º do art. 479 atinge indiretamente este objetivo, mas sem ferir o princípio da igualdade de todos perante a lei. Com efeito, não há como sustentar que a interpretação da lei possa ser vinculante para a União, os Estados e os Municípios, mas não para os seus administrados.

É bem verdade que os poderes públicos têm-se revelado freqüentemente como litigantes de má-fé, deduzindo em juízo pretensões ou defesas contrárias a interpretações já sedimentadas nos tribunais. Este, porém, é um mal cuja correção não depende da atribuição de efeito vinculante às decisões tomadas em uniformização da jurisprudência, nem se pode alcançar restringindo o direito dos entes públicos ao processo.

Trata-se, antes, de fenômeno radicado no desprezo da administração pública pelas decisões do Poder Judiciário, diariamente comprovado pela recusa, cada vez mais comum, de cumprimento aos precatórios expedidos em execução de sentenças e ao solene pouco caso votado às representações para intervenção, inclusive às julgadas procedentes. Este mal tem que ser atacado na raiz – para o que está o Ministério Público perfeitamente aparelhado – e não pela rama.

5. Com o presente substitutivo pretende-se, em suma, contribuir para que sejam sanadas três deficiências de que padece o Código de Processo Civil nesta matéria: (a) a falta de eficácia das decisões tomadas em uniformização de jurisprudência; (b) a falta de determinação das consequências da inobservância das interpretações sumuladas; (c) a falta de previsão do modo pelo qual se deva processar a revisão das súmulas.

## 12

### DA AÇÃO RESCISÓRIA<sup>1</sup>

SUMÁRIO: 1. Introdução: natureza, objeto e classificação da ação rescisória: 1.1 Da natureza da ação rescisória; 1.2 Do objeto da ação rescisória; 1.3 Da classificação da ação rescisória – 2. Condições de admissibilidade da ação rescisória: alegatiminação de terceiros – 3. Pressupostos processuais – 4. Condições de procedência da ação rescisória – 5. Medida cautelar em ação rescisória – 6. Conclusão.

#### 1. Introdução: natureza, objeto e classificação da ação rescisória

##### 1.1 Da natureza da ação rescisória

A ação rescisória inclui-se entre os meios de impugnação dos atos judiciais. Esses meios de impugnação se dividem em duas categorias: recursos e ações de impugnação. Cada uma destas categorias, por sua vez, compreende diversas espécies. Espécies de recurso são, por exemplo, a apelação e o agravo de instrumento. Espécies de ações de impugnação são, também, exemplificativamente, os embargos de terceiro e os embargos do executado, notadamente, quanto a estes últimos, no caso previsto no art. 741, I, do CPC, isto é, quando a execução se fundar em sentença e o devedor alegar falta ou nulidade da citação no processo de conhecimento, se a ação lhe correu à revelia. Se o mandado de segurança fosse uma ação, poderia também ser incluído entre as ações de impugnação, quando tivesse por objeto a suspensão ou a desconstituição da eficácia de um ato judicial.

Qual a diferença entre recurso e ação de impugnação?

<sup>1</sup> Da ação rescisória, “in” Revista do Advogado, São Paulo, n. 27, p. 48.